

## 論 説

## 在留外国人に対する生活保護法の適用(続)

長 尾 英 彦

は じ め に

1 問 題 の 所 在

2 判 例 の 内 容

3 検 討

お わ り に

は じ め に

永住者資格を有する大分市在住の外国人(中国籍)が困窮状態に陥って生活保護受給申請をし、これに対する申請却下決定の取消を求めている、いわゆる「大分生活保護訴訟」で、最高裁第2小法廷は、平成26(2014)年7月18日、原審判決のうち行政側敗訴部分を破棄し、原告敗訴の判決を言い渡した<sup>(1)</sup>(判例地方自治386号78頁。賃金と社会保障1622号30頁。以下、「今回の最高裁判決」と呼ぶ)。「外国人には、生活保護法に基づく保護を受ける権利は無い」と判断したわけで、これに対して

護は生活に困窮する国民に必要な保護を行うものであって、担税力ある者に対する給付ではないから、納税義務を果たしていることと生活保護受給権の有無とは直接的に結び付くものではないことからすると、……生活保護法の適用を永住資格を有する外国人に認めないことが、著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるを得ないような立法措置であるとまではいえない」

と判示し、憲法25条、14条に違反しないと結論づけた。

また、国際人権規約A規約との関係における論点についても、これらの諸規定は、「締約国において権利の実現に向けて積極的に社会保障政策を推進すべき政治的責任を負うことを宣明したものであって、個人に対し直接具体的な権利を付与したものではない [ので] ……個人がA規約を根拠に生活保護の開始を請求することはできない<sup>(18)</sup>」と簡単に<sup>(18)</sup>斥けた。X控訴。

#### [控訴審判決]

ところが、控訴審判決（福岡高判平23.11.15賃金と社会保障1561号36頁。判例地方自治386号88頁）は、以下のように、一定範囲の外国人も生活保護法の準用の対象となると判示し、本件却下処分を取り消した。

福岡高裁も、先述のとおり、「現行の生活保護法は、少なくともその立法当時においては、同法による生活保護受給権者の範囲を日本国籍を有する者に限定していたものと解される」と認めたが、これに続けて、

- ・ 難民条約への加入・批准（1981 [昭56]）の際、他の法律が国籍条項を廃止したのに、生活保護法については、外国人に対しても事実上保護を行なっていることを理由に法改正を見送ったこと、
- ・ そのとき、現行のままだと日本国民と同様の保護をしており支障が無い、とか、外国人についても一般国民と同じ予算で保護費の中

は、「最高裁が Japanese only では、国連・安保常任理入りは無理？」<sup>(2)</sup>、  
「良識なき最高裁判決」<sup>(3)</sup>などと、批判・失望の声が多く上がっている。

「外国人の人権」は、ある意味で憲法学の古典的なテーマであるといえる。「社会権」は、第一義的には当該人の母国が責任を持って保障すべきもの、という伝統的な見解も承知している。しかし、わが国及び憲法を取り巻く社会情勢・国際情勢は、特に昨今、大きな変化を見せてきている。「グローバル化」の流れの中で、外国人排除の姿勢は妥当なのか。

筆者は以前、本誌においてこの問題を論じたことがあり、そこでは、上述の伝統的な考え方を否定はしないながら、「何らかの不測の事情で要救済状態に陥っている外国人に対し、扶助の手を差しのべることは、憲法の精神に適うことこそあれ、背くものではないと思われる」として、特に在留外国人の「緊急医療（医療扶助）」の問題について述べた<sup>(4)</sup>。そのこと自体は誤っていたとは思わないが、しかし、考えてみると、そもそも生活保護受給申請が問題となる事案というのは、別段、緊急医療や緊急手術（等）が必ずしも必要でなくとも、相当程度、状況が逼迫しているものであればこそ、であるはずである。

外国人の生活保護については、従来、生活保護法の適用を否定しつつ行政上の措置としての生活保護がされている場合において、その廃止が違法でないとされた事例（「東京都足立区福祉事務所長事件（金基元事件）」東京地判昭53.3.30行裁例集29巻3号473頁）が存在するが、今回の最高裁判決は、外国人の生活保護受給資格そのものの有無の問題に対して回答した初めての最高裁としての判断であった。そこで本稿では、従来及び近年の学説、判例並びに今回の事案を手掛かりとしながら、正面から「外国人の生活保護受給権」について考察を試みる次第である。

## 1 問題の所在

「外国人の社会保障（一般）」について、最高裁が初めて判断したのは、「塩見訴訟」最高裁判決（最1小判平元.3.2判例時報1363号68頁）である。原告は、日本が朝鮮を植民地として支配していた時代に、在日朝鮮人を両親として大阪市で出生（昭9）した。戦後、サンフランシスコ講和条約の発効（昭27）に伴い、他の多くの朝鮮人・台湾人と同様に日本国籍を喪失し、当時の外国人登録法上の「外国人」、すなわち現在の入管法上の「特別永住者」となった。国民年金法（昭34制定）は、受給要件として国籍要件を定めたため、こうした特別永住者は支給対象から排除された。原告は、幼少時に罹患した麻疹（はしか）のため全盲となり、廃疾（障害）1級の状態にあったが、昭和45（1970）年、日本人男性と結婚し日本国籍を（再度）取得した。その際、原告は障害福祉年金〔当時〕の受給を申請したが、廃疾認定日（注：本件の場合は、国民年金法の施行日である昭和34年11月1日）に日本国民でなかったことを理由に、請求は棄却され、原告が当該国籍条項の憲法13,14,25条違反を主張して提訴した。

判決は、憲法25条の趣旨を現実の立法として具体化するにあたっては、「立法府の広い裁量にゆだねられてい」る、との前提を示した上で、下記のように述べて原告の主張を斥けた。

「……社会保障上の施策において在留外国人をどのように処遇するかについては、国は、特別の条約の存しない限り、……その政治的判断によりこれを決定することができるのであり、その限られた財源の下で福祉の給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも、許されるべきことと解される。したがって、〔国民年金〕法81条1項の障害福祉年金の支給対象者から在留外国人を除外することは、立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべき」であり、憲法25

条の規定に違反するものではない。

また、上記「取扱いの区別については、その合理性を否定することができず」、憲法14条1項にも違反しない。

ここでは、社会保障における国籍の有無による差別が、いわば所与の前提とされている。この判決に対して、憲法学、社会保障法学等の関係分野から強い批判が多く寄せられたことは当然であろう。すなわち、冒頭に述べたように、本件は国籍ということに関しては極めてセンシティブな事情がある。原告は、かつて「日本国民」であったし、提訴した時点ではやはり「日本国民」なのである。ただ、戦争、そして日本の敗戦と戦後処理に伴う政治の流れの中で、言ってみれば自分の国籍を（自身の意思とは無関係に）右へ左へ弄ばれた、というべき状況にあり、その過程で、受給要件のところで穴に落ちてしまった、と見るべきケースである。原告が所定の時点で日本国籍を有していなかったということは、実はわが国の責任なのではないのか？ そのように考えると、この事例で原告を支給対象から除外するというのは、はなはだ信義に反するように思われるのである。筆者は、日本と周辺諸国の過去の歴史的経緯を踏まえて、在留外国人の中でも特に在日中国・韓国・朝鮮人について優遇しよう、という見解については、どちらかと言えば消極的であるが、それでもこの事例に関しては何か救済の途があってしかるべきであるように考える。いずれにしても、「外国人は別」というテーゼが非常に厳しく示された事例であったかと思われる。<sup>(5)</sup>

生活保護プロパーの分野に目を転じると、緊急医療（医療扶助）の受給の可否をめぐる事案が注目される。すなわち、扶助の必要性・緊急性の観点から、「たとえ外国人であっても」という形でアプローチを試みるものである。

「中野宋事件」は、わが国に不法残留している外国人が交通事故に遭

遇して負傷し、生活保護申請をしたものの却下処分を受け、争ったものである。1審(東京地判平8.5.29行裁例集47巻4・5号421頁)、控訴審(東京高判平9.4.24行裁例集48巻4号272頁)とも原告の請求を棄却し、最高裁も同様の立場を示した(最3小判平13.9.25判例時報1768号47頁<sup>(6)</sup>)。すなわち、

「生活保護法が不法残留者を保護の対象とするものではないことは、その規定及び趣旨に照らし明らかというべきである。」

「……憲法25条については、……不法残留者を保護の対象に含めるかどうかが立法府の裁量に属することは明らかというべきである。」

「……同法が不法残留者を保護の対象としていないことは、憲法25条に違反しないと解するのが相当である。」

「[また、そのことは] 何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いには当たらないから、憲法14条1項に違反しないというべきである。」

「[また、国際条約の諸規定に] 違反すると解すること[も] できない。」

医療扶助に関連する事例としては、「ゴドウィン事件」も挙げることができる。留学生の在留資格で居住していたスリランカ人がくも膜下出血で倒れ、入院し手術を受け、治療費について生活保護法上の医療扶助を申請した。市は全額を支給したが、厚生省(当時)が、「非定住の外国人には生活保護法は適用されない」との見解を示したため、市は国に対して国庫負担分相当額(支給額の4分の3)の請求ができず、結局、市がこれを肩代わりした格好になった。同市民らが、同市長が国に対して上記の請求をしないことが、地方自治法242条1項にいう、いわゆる「怠る事実」に当たるとして住民訴訟を提起したが、神戸地判平7.6.19判例地方自治139号58頁は、外国人の生存権について、特に重大な傷病についての緊急措置のような場合は、国籍や在留資格にかかわらず何ら

かの措置を講ずる必要がある旨を示唆しつつも、その制度を具体的にどのように形成するかは「国の立法政策にかかわる事柄であり、直ちに司法審査の対象になるものではない」として却下した。控訴審（大阪高判平8.7.12公式判例集未搭載）、上告審（最判平9.6.13公式判例集未搭載）も市民側の訴えを<sup>(7)</sup>斥けた。

この事例において、裁判所は在留外国人の緊急医療について国に何らかの立法措置を「要請」してはいるが（その点は1つの特長といえるかもしれないが）、結局は国の立法政策に委ねるべき問題としており、さして目を引くものではない。本件の場合、とりあえず治療を受け支給もされているので、外国人本人は救済されているわけではあるが、もしも財政基盤の脆弱な小自治体の場合、国庫からの支出が望めないとなると、出費を恐れての保護の拒否、傷病外国人のたらい回し等の事態も予想される（先述のとおり、あくまでも単なる行政上の措置としてなされる扶助は、法律上の権利とは異なる）。

これらの先例は、不法残留の外国人、あるいは非定住の外国人に関するものであったので、その射程を限定して考えることはもちろん可能であったが、<sup>(8)</sup>今回の最高裁判決は、伝統的な思考枠組に沿って、外国人に対する生活保護法の適用・準用を明確に否定したのである。

もともと、終戦直後の昭和21（1946）年に制定された旧生活保護法は、特に国籍による限定を置かず、「生活の保護を要する状態に在る者」（1条）とのみ述べていた。ところが、日本国憲法施行後、昭和25（1950）年に制定された現行の生活保護法は（憲法25条1項の「すべて国民は

」との文言に対応して？）、生活に困窮する「すべての国民」を対象とした（1条）。したがって、必ずしも明確な「国籍による制限」の条項があるわけではないが、これ以来、日本政府は、「外国人は、生活保護法に基づく保護の対象外」という見解を維持してきた。<sup>(9)</sup>

もちろん、「困窮の状態が急迫・深刻であって、これを放置すること

が社会的・人道的に見ても妥当でない」外国人については、保護が行なわれることはあるが、それは生活保護法に基づくものではなく、あくまでも行政上の措置としてなされるものであって権利性の無いことは先述したとおりである。

昭和56(1981)年、いわゆる難民条約を批准した際、社会保障関係法律で従前、国籍条項を付していたものは、これが撤廃された(国民年金法、児童扶養手当法、特別児童扶養手当法等)ことは周知のとおりであるが、生活保護法については、上述のように「保護は[事実上]行なっているから」という理由で、改正がなされなかった。この点についても厳しい批判があるところである。<sup>(10)</sup>

「外国人の人権(一般)」ないしは社会権(生存権)についても、特に近年にあっては学説の展開が見られるところである。

もともと、基本的人権は、人が人として生まれてきたことにより当然に保障される権利であるわけであるし、国際人権規約も、外国人を含むすべての個人に対して平等に人権を保障すべきことを定めていることから<sup>(11)</sup>、人権保障を自国民のみに限定するような考え方は今日では到底維持されえないであろう。

この点、いわゆる「マクリーン事件」最高裁判決(最大判昭53.10.4判例時報903号3頁)は、「権利の性質上日本国民のみをその対象として」と解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである、という、「権利性質説」とでも言うべき見解を示した。<sup>(12)</sup>これは、外国人にもいちおう人権享有主体性を認めようとすることには意義があるかと思われるが、これだけで問題が解決するわけではない。どういう人権が外国人に保障されるのか/されないのか、という区別の問題がなお残るからである。

そして、筆者は必ずしも本説を否定するわけではないが、これは結果的に、「社会権は、まず、当該人の母国が責任をもつべきもの」という



形で、生活保護をはじめとする社会保障受給権に関しては「外国人の権利を否定する」という方向へ導いたうらみがあるのではないかと、というのが私見である。

伝統的な通説的見解である上記の(外国人)生存権否定説とでもいべき見解に対しては、以下のような見解が問題提起となりうる。<sup>(13)</sup>

まず、外国人といっても現実には様々な資格・態様・事情があるのであり、これらを捨象して「外国人」とひとまとめにして論じるのは説得力がない、という批判がありうる。「権利性質説」はこの点で一見もっともらしく見えながら、実は、外国人の人権保障についてはマイナスの影響を及ぼしてきたのではないかと、という指摘は妥当である。ここから、社会権特に生存権に関して、第一義的には当該人の母国の責任、という伝統的な見解をいったん承認しながらも、選挙権等の場合と異なり「国民主権主義」からの制約は無いのであり、立法政策により生存権保障を外国人にも及ぼしていくことはむしろ望ましいことである、という立場から、生存権の適用(ないしは、準用)を、部分的にはあっても、外国人にも広げていく方向を模索する見解(生存権保障拡張説とでもいべきか)<sup>(14)</sup>が現れてくる。先にみたように、わが国の過去の歴史的経緯・事情を重く見て、特に在日中国・韓国・朝鮮人については特別の保護をすべきとする見解や、急病・事故などで緊急医療を必要とするような場合は非定住の外国人、さらには不法在留の外国人であっても保護の対象とすべき、とする見解などがこれに属しよう。

さらには、端的に、生存権は外国人にも保障されとする見解(生存権肯定説)<sup>(15)</sup>も有力に主張されている。これにも、様々なスタンスがある。国際協調主義及び種々の国際条約の規定を根拠とする見解<sup>(16)</sup>、生存権は国家というよりは社会との関係で社会共同体の構成員として守られる権利である、と主張する見解<sup>(17)</sup>、等があり、いずれも興味深い。筆者は加えて、生存権という権利の特質、すなわち、人間の生存という最も根源的な利益に直接かかわるものである、という点にも焦点を当てるべき

ではないかと考えている。この点は後に検討する。

## 2 判例の内容

### [事案の内容]

X(中国国籍)は、1932(昭7)年日本で出生し、永住者としての在留資格を持つ。1954(昭29)年に訴外A(同じく中国国籍)と結婚し、夫婦で料理店を経営していたが、1978(昭53)年頃、Aが体調を悪くして仕事を辞めたため、それ以後はA及びAの義父所有の不動産の賃料収入等で生活していた。

2004(平16)年9月頃、Aは認知症のため自宅を出て入院した。2006(平18)年頃から、Aの弟がX宅へ引越ししてきてXと共に生活するようになったが、それ以降XはこのAの弟から暴力・暴言等を受けるようになり、預金通帳や印鑑を取り上げられたうえ、ついには家を追い出されるに至り、やむなく、いわゆる社会的入院をすることとなった。

Xは、入院費の支払いも滞り生活に困窮して、2008(平20)年12月15日、Y(大分市福祉事務所長。以下単に「市福祉事務所長」又は「処分行政庁」と記すことがある)に対して生活保護受給申請をしたが、Yは、XないしA名義の預金残高が一定程度あることを理由に、却下した。

Xはこれを不服として、2009(平21)年2月6日、Y(大分県知事)に対して審査請求をしたが、Yは、外国人に対する生活保護は法律上の権利として保障されたものではないので、本件の却下は「処分」に該当せず、したがって審査請求は不適法であるとして却下裁決をした。

そこでXは、大分市に対して本件却下の回答の取消(取消訴訟)と保護開始の義務付け(義務付け訴訟)を請求し、予備的に保護の給付及び保護を受ける地位の確認(当事者訴訟)を求めて出訴した。

[ 1 審判決 ]

1 審大分地判平22.10.18 (賃金と社会保障1534号22頁。判例地方自治386号83頁) は、以下のように述べて、Xの請求を全て却下・棄却した。

1 審判決は、まず、現行生活保護法が適用対象を旧生活保護法の「生活の保護を要する状態に在る者」から「すべての国民」と改めたのは、「生活保護受給権者の範囲を日本国籍を有する者に限定した趣旨と解することができる」とした。

そして、続けて前述の「中野宋事件」最高裁判決 (最3小判平13.9.25) 及び堀木訴訟最高裁判決 (最大判昭57.7.7) の判旨を引用しつつ、「[憲法25] 条の趣旨にこたえて具体的にどのような措置を講ずるかの選択決定は立法府の広い裁量に委ねられていると解すべきところ、永住資格を有する外国人を保護の対象に含めるかどうかが立法府の裁量の範囲に属することは明らかというべきである」[ので]、「その立法府の選択決定は、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるを得ないような場合を除いては、違憲の問題は生じないというべきである」と前提を述べた。そして、

「外国人に対する生存権保障の責任は、第一次的にはその者の属する国家が負うべきであるし、国は、限られた財源の下で、国内外の政治・経済・社会的諸事情等を考慮しながら、その政治的判断により、種々ある社会保障政策の中から憲法25条の要請を満たす立法措置を選択することができる」と解すべきところ、生活保護制度に係る費用は原則として全額公費から支弁されるものであること (生活保護法10条)、永住資格を有する外国人といえども、本国における資産や扶養義務者の有無等が問題となることがあり得るが、その調査が困難であって、これらの者に対して生活保護を実施するときには、事実上無条件で生活保護を与えるに等しくなってしまうことが予想されること、生活保

永住外国人も適用外

大分市の却下処分で地裁明示

# 中国籍の女性が敗訴

[illegible]

れており、女性に生活保護の受給権はない」として却下した。

入田光・大分市福祉事務  
所長は「市の主張が認めら  
れており、妥当な判決だ」  
とのコメントを出した。

判決などによると、女性  
は2008年12月、市に生  
活保護を申請したが却下さ

性は県に審査請求したが、県は「外国人は不服申し立てできない」とした同通知に基づいて、門前払いする裁決をした。この裁決については、違法と認めた同地裁判決が、女性が起こした別の訴訟で確定している。

## 弁護団、判決の意義評価

（2009年1月1日付）で全豪議院の永住外国人からは自治体に保護義務があることを認めると答える。（判決が確定すれば）生活に困っていたり、不当に保護を受けられなかったり外国人に不影響を及ぼすだろうとみられる。

## 生活保護訴訟、中国籍女性が逆転勝訴



・控訴審は逆転で原告を勝訴させたが……

で処置をしており、それを改める必要は無い、といった論議が国会においてなされていたこと、  
などの経緯・事情を指摘し、以下のように判示した。

「……生活保護法については、上記運用を継続することを理由に法改正が見送られる一方、生活保護の対象となる外国人を難民に限定するなどの措置も執られなかったこと、その後の平成2年10月には、生活保護法の制度趣旨に鑑み、生活保護の対象となる外国人を永住的な外国人に限定したことが認められる。」

「すると、国は、難民条約の批准等及びこれに伴う国会審議を契機として、外国人に対する生活保護について一定範囲で国際法及び国際公法上の義務を負うことを認めたものということができる。すなわち、立法府と行政府が、当時の出入国管理令との関係上支障が生じないとの認定の下で、一定範囲の外国人に対し、日本国民に準じた生活保護法上の待遇を与えることを是認したものである。すなわち、換言すれば一定範囲の外国人において上記待遇を受ける地位が法的に保護されることになったのである、

また、上記のとおり生活保護の対象となる外国人を永住的な外国人に限定したことは、これが生活保護法の制度趣旨をその理由としているところからすれば、外国人に対する同法の準用を前提としたものと見るのが相当である。

よって、生活保護法あるいは本件通知の文言にかかわらず、一定範囲の外国人も生活保護法の準用による法的保護の対象となるものと解するのが相当であり、永住的な外国人である控訴人がその対象となることは明らかである。<sup>(19)</sup>」

これに対して国側が上告した。

[今回の最高裁判決]

最2小判平26.7.18(賃金と社会保障1622号30頁。判例地方自治386号78頁)は、冒頭に記したとおり、原審判決の行政側敗訴部分を取り消し、当該部分についてのXの主張を斥けた。

「……旧生活保護法は、その適用の対象につき『国民』であるか否かを区別していなかったのに対し、現行の生活保護法は、1条及び2条において、その適用の対象につき『国民』と定めたものであり……『国民』とは日本国民を意味するものであって、外国人はこれに含まれないと解される。

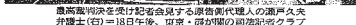
そして、現行の生活保護法が制定された後、現在に至るまでの間、同法の適用を受ける者の範囲を一定の範囲の外国人に拡大するような法改正は行われておらず、同法上の保護に関する規定を一定の範囲の外国人に準用する旨の法令も存在しない。

したがって、生活保護法を始めとする現行法令上、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されると解すべき根拠は見当たらない。

また、本件通知は行政庁の通達であり、それに基づく行政措置として一定範囲の外国人に対して生活保護が事実上実施されてきたとしても、そのことによって、生活保護法1条及び2条の規定の改正等の立法措置を経ることなく、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されるものとなると解する余地はなく、……我が国が難民条約に加入した際の経緯を勘案しても、本件通知を根拠として外国人が同法に基づく保護の対象となり得るものとは解されない。……」

「以上によれば、外国人は、行政庁の通達等に基づく行政措置により事実上の保護の対象となり得るにとどまり、生活保護法に基づく保護の対象となるものではなく、同法に基づく受給権を有しないという





**永住者は対象外**

永住資格を持つ公営市内の中国籍の女性(32)が生産保護法の適用を求めた訴訟の上告審で、最高裁は、第1小法廷(7千恭判第2部第1部)は18日、永住外国人人も適用対象になるとした。審判長高木裁判長は、出生地主義の請求を却却した。女性の差別的扱いが認定し、判決は、現行の生産保護法は適用対象を日とす。本国民に限定しており、法制定後も常に外国人に拡大する改正はなされていないと指摘し、外国人は行政措置で事実上の保護の対象となり得るにとどまると判断した。

永住外国人が日本と同一申請として、夫名義の預金に生活保護法の適用対象となるかどうか争われた訴訟。一審判決は「民法に基づく永住外国人の婚姻権を認めず認める判断だっただけに、司法の役割が断然がまうされていた。

永住外国人が日本と同一申請として、夫名義の預金に生活保護法の適用対象となるかどうか争われた訴訟。一審判決は「民法に基づく永住外国人の婚姻権を認めず認める判断だっただけに、司法の役割が断然がまうされていた。

永住外国人が日本と同一申請として、夫名義の預金に生活保護法の適用対象となるかどうか争われた訴訟。一審判決は「民法に基づく永住外国人の婚姻権を認めず認める判断だっただけに、司法の役割が断然がまうされていた。

原告の女性は、  
12月に大分市に生

申請したのが、夫名義の預金  
があつたことを理由に却下さ  
れ、却下処分は不当として  
市を訴へた。

生活保護法をめぐつて  
は、旧厚生省が1960年  
に外国人を同法に準して扱  
ふことが通知、90年に対策を  
水戸市人々に限定して、現  
在は旧自治体の被保護者生計保  
出した。

た。

大分市の大木治郎議員は軍事  
勤務が「市の手帳が手帳  
の認められた。今後生活  
保護法改正の適正な実施に  
努めたい」とのコメントを  
出した。

[illegible]

「最商業判決は、生清保護が適用対象とした『国民』という言葉には、外国人はまないと判断した。『生清保護』は最後のセーフティネット。永住外国人については同様の形で法改正しなければならぬ」と調した。

## 原告側「形式的な判決」

「文」は、この「生保費」を「日本生保費に充てられ、その形勢式制、司法の監督を蒙るに判決」と言われるを多し。

「本」は、日本人を主として、日本生保に充てられ、司法の監督を受けるに判決と云ふこと、支那の領土に在るに於て、現行法律に準てゐる」と大抵した。

「女」は、日本人で生まれ育ち、日本に出でゐない、(謂ふ事非ず)と云ふ點を以て、切れるを分かつた。

「男」は、日本人で、現行法律に準てゐる」と云ふこと、支那の領土に在るに於て、現行法律に準てゐる」と大抵した。

「女」は、日本人で生まれ育ち、日本に出でゐない、(謂ふ事非ず)と云ふ點を以て、切れるを分かつた。

「男」は、日本人で、現行法律に準てゐる」と云ふこと、支那の領土に在るに於て、現行法律に準てゐる」と大抵した。



べきである。

そうすると、本件却下処分は、生活保護法に基づく受給権を有しない者による申請を却下するものであって、適法である。」

### 3 検 討

#### (1) 「外国人の生活保護受給権」の根拠

伝統的な見解に従うと、(自由権と異なり)社会権、とくに生存権・社会保障受給権については外国人は享有主体でない、とされ、その理由は、国の予算措置をはじめ様々な施策を必要とするからだ、といった説明がなされる。しかし、近年では、外国人にも享有主体性を認める学説も有力である。その根拠も種々あるが、ここでは、筆者が特に関心を抱く高藤昭教授の説をみてみたい。

高藤教授は、生存権・社会保障受給権は「もともと人類社会に普遍的な性格をもっている」と指摘される。つまり、自由権が対国家との関係で生ずるものであるのに対して、生存権は「社会との関係で生ずる」ものである、と説かれる。「社会はその構成員すべてを包摂して保護をなす」ものであって、それは、社会連帯関係、「他人への愛情＝人間愛の発現」に基づくものとされる。<sup>(20)</sup>なるほど、国が生活保護の給付を行なうといっても、その原資は国民の税金であるわけであるし、在留外国人ならば当然、納税の義務は果たしている。生存権とは、社会が、その社会共同体の構成員に対して保障するものである、という説明は説得力がある。また、社会権といっても、労働基本権や労災補償の受給権などは、外国人労働者にも保障されるはずである。社会権であるからというだけで、ア・プリオリに外国人を享有主体から除く必要は無い。

さらに、筆者が前拙稿で指摘した「行旅病人及行旅死亡人取扱法」についていえば、これなどは、まさに切羽詰まった状況にある人について

は、もはや国籍や在留資格の種類如何を問題にせず、救済の手を差しのべる、という、まさしく「人間愛」の発想である。<sup>(21)</sup>

そのように考えてみると、緊急医療を必要とするような場合ならば不法在留や非定住の外国人をも医療扶助の対象とすべきであろうし、生活保護本体の給付についても、すくなくとも永住資格をもつ外国人に対しては(権利として)保障すべきなのではないか。憲法25条1項や生活保護法上の「国民」という文言は、「住民」「居住者」というように読み替えるべきであろう<sup>(22)</sup>(事実、憲法30条「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ」のように、そのような読み替えを当然の前提とするべき規定もある)。

## (2) 国際条約上の義務

元来、特に最高裁は、国際条約上の規定を権利保障の根拠として用いたがらないように見受けられる。国際人権規約のうち、自由権中心のB規約はともかく、社会権を定めるA規約については、直ちに法的拘束力の生じない努力目標、というように捉えているようである。

しかし、これは正しくないように思われる。一口に社会権的権利といっても様々な内容・水準のものがあろう。しばしば指摘されるところであるが、国連の「経済的、社会的、文化的権利に関する規約委員会(社会権規約委員会)」は、社会権を、「人間としての基本的なニーズに当たる部分」と「それ以外の部分」に分けて、締約国の履行義務に差を設けることを認めている<sup>(23)</sup>。すなわち、人間としての最低限度の生活、生存そのものに係る問題は前者というべきか。とすれば、生活保護はまさに「救貧」 今現在、困窮している者の救済にあたる制度であるから、広汎な立法裁量は許容されないはずなのである。

さらに、1981(昭56)年の難民条約への加入により、出入国管理令(当時)が改定され、現行のいわゆる入管法(出入国管理及び難民認定

法)が制定された。このとき、同条約が、難民に対して「自国民と同一の待遇」を原則として定めていること、公安以外の理由による難民の追放を禁止していることから、旧規定にあった退去強制事由の中から「貧困者……等<sup>(24)</sup>で生活上国又は地方公共団体の負担になっているもの」が削除されている。

現行の生活保護法が制定された時点と現在とでは、わが国の世界の中での地位・信用・経済力を言えば比較にならないであろう。「国際貢献」などというが、それは別段、自衛隊を海外に派遣するとか他国の戦争に協力するなどということではないのではないか。

### (3) 不服申立て適格

以上のところであまり詳述しなかったが、生活保護受給申請を拒否された外国人が不服申立てできるか、つまり、不服申立て適格の有無という論点がある。<sup>(25)</sup>

この点は、本文中に記した本案の1審判決が出る少し前に、同じく大分地裁で判決が下されていて(大分地判平22.9.30判例時報2113号100頁)、同判決は、「保護を否定するもの」という「行為の客体を離れた行為の客観的性質自体は何ら異なるところはない」として、却下の決定の処分性を肯定し、外国人の不服申立て適格を認めた(したがって、審査請求において却下判決がなされたのは違法、と判示した)。

これを受けた厚生労働省は、同年10月22日付で「生活保護に係る外国籍の方からの不服申立ての取扱いについて」を発し、「却下処分に対する不服申立てについては、[裁判庁は]外国籍であることを理由とした棄却判決をされたい」[傍点は引用者]と指示し、外国人であっても不服申立て適格はあるとした。<sup>(26)</sup>

#### (4) 懸念される状況

今回の最高裁判決に対して、一部ではあろうが、むしろこれを支持・歓迎するような反応が見られる（まさに Japanese only）ことは懸念されるところである。このことは、近年のわが国の近隣諸国との（領土問題や歴史認識等をめぐる）関係悪化と、そのことに伴う在日の中国・韓国・朝鮮人の方たちへの反感が一因としてあるように想像される。

「神奈川県外国人生活保護住民訴訟」は、困窮した定住外国人に対して保護を行なっているのが違法な支出として、住民訴訟が提起されたものである。1 審・横浜地判平22.10.27賃金と社会保障1622号33頁、控訴審・東京高判平23.3.24同36頁とも、「外国人に対して、生活保護法による保護とは別に必要な保護を行うことまでを禁止しているものではないと解される」として、住民側の訴えを斥けた。

もとより、「不正受給」はよくないが、事実関係を見る限りそのような趣旨ではなさそうである。とすれば、本件は、社会の中のマイノリティ保護としての色彩も帯びているのではないと思われる。

#### お わ り に

以上のとおり、最高裁判決の内容のみ見れば極めて伝統的、というか保守的な枠組であり、関係者の失望ももっともと思われる。行政側としては、「事実上の保護はしているのだから」という趣旨なのではあろうが、しかしそれは法的な（法律上の）権利としてのものではないので、事情が変われば打ち切られるかもしれないものである。「外国人には権利はなくて、お恵み（恩恵）があるだけだ」というような考え方・感覚で、今後、世界で通用していくのだろうか。<sup>(27)</sup> 筆者の私見では、永住資格のある外国人については正面から生活保護法の適用対象としてもよいのではないか。それが、まさに「同じ社会共同体の構成員」に対するしか

るべき態度であるように思われる。日本が、世界の先進主要国のひとつとしての地位を占めたいのであるならば、自治体レベルの努力・工夫にのみ負うのではなく、そうした発想の転換がどこかで求められるところなのではないであろうか。<sup>(28)</sup>

[註]

- (1) 今回の最高裁判決については、きわめて多数の解説・評釈類が公表されているが、ここではさしあたり、田中宏・賃金と社会保障1622号(2014)4頁、村田悠輔・同11頁、奥貫妃文<sup>ひふみ</sup>・同16頁、遠藤美奈・平成26年度重要判例解説28頁、渡辺豊・新潟大学法政理論47巻2号(2014)170頁、永野仁美・季刊社会保障研究50巻4号(2015)464頁、斎藤一久・法学セミナー718号(2014)100頁、瀬戸久夫・同721号(2015)19頁など参照。
- (2) 田中宏・前掲(註1)評釈[4頁]
- (3) 瀬戸久夫・前掲(註1)評釈[20頁]
- (4) 拙稿「在留外国人に対する生活保護法の適用」中京法学32巻3・4合併号(1998)81頁
- (5) 「塩見訴訟」についても多数の文献が公表されているが、ここではさしあたり、大藤紀子・憲法判例百選[第6版](2013)14頁など参照。
- (6) 最高裁判決の解説・評釈として、関根由紀・社会保障判例百選[第4版](2008)10頁、成嶋隆・法学教室260号(2002)128頁、黒田有志弥・季刊社会保障研究38巻1号(2002)89頁、柴田洋二郎・法学(東北大)66巻6号(2002)92頁など参照。
- (7) 事件の詳細について、飛田雄一・法と民主主義311号(1996)32頁、吉永純・福祉のひろば48号(1991)54頁など参照。1審判決について、高藤昭「外国人に対する生活保護法の適用について」法政大学社会労働研究42巻3号(1995)13頁[41頁以下]、林弘子「最低生活保障と平等原則」『講座 社会保障法 第5巻』(法律文化社, 2001)133頁以下に所収[152頁]、拙稿(前掲註4)[89頁以下]など参照。
- (8) 関根由紀・前掲(註6)評釈[11頁]
- (9) 旧法から現行法への移行の経緯に関する問題については、林弘子・前掲(註7)論文[139頁以下]、高藤昭・前掲(註7)論文[19頁以下]、倉田聡「外国人の社会保障」ジュリスト1101号(1996)46頁以下など参照。
- (10) 林弘子・前掲(註7)論文[144頁以下]

- (11) たとえば、国際人権規約A規約2条2項は、権利が「……国民的若しくは社会的出身……によるいかなる差別もなしに行使されることを保障する」と定め、「内外人平等待遇条項」と呼ばれている。
- (12) 芦部信喜『憲法 [第六版]』(岩波, 2015) 91頁以下
- (13) 学説の整理については、後藤光男「外国人の人権」ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点 (2008) 74頁 [75頁], 芦部信喜編『憲法 人権 (1)』(有斐閣大学双書, 1978) 6頁以下 [12-13頁], 林弘子・前掲(註7)論文 [135頁以下], 高藤昭・前掲(註7)論文 [25頁以下] など参照。
- (14) 林弘子・同前 [136頁]
- (15) 林弘子・同前 [136頁以下]
- (16) 小川政亮「社会保障と国籍」法律時報53巻7号 (1981) 28頁以下 [34-35頁]。高藤昭『社会保障法の基本原理と構造』(法政大学出版局, 1994) 257頁以下 [特に262頁以下]。
- (17) 大沼保昭「『外国人の人権: 論再構成の試み』法学協会百周年記念論文集 第二巻 (有斐閣, 1983) 361頁以下 [410頁] は、「経済・社会的人権は、人が社会の一員として労働し、生活を営む、つまり共同体の一員たることを基礎とするもの」と述べる。
- (18) 1審判決の解説・評釈として、田中宏・賃金と社会保障1534号 (2011) 4頁, 清水泰幸・同1562号 (2012) 18頁, 高佐智美・国際人権22号 (2011) 165頁など参照。
- (19) 控訴審判決の解説・評釈として、田中宏・賃金と社会保障1561号 (2012) 4頁, 奥貫妃文・同10頁, 瀬戸久夫・同26頁, 吉永純・同1562号4頁, 豊島明子・法学教室判例セレクト2012 7頁, 早川智津子・季刊労働法241号 (2013) 182頁, 福田素生・季刊社会保障研究48巻4号 (2013) 457頁, 渡辺豊・新潟大学法政理論45巻2号 (2012) 172頁など参照。
- (20) 高藤昭・前掲(註7)論文 [29-30頁] 参照。なお、同「在日外国人に対するわが国の社会保障法の現状と問題点」社会保障法 (日本社会保障法学会) 5号 (1990) 43頁以下も併せて参照。
- (21) 拙稿 (前掲註4) [96頁] 参照。「行路病人及行路死亡人取扱法」は、明治32年法律93号。およそ「社会権」などという発想の無い時代でもこのような規定を置いていたことは注目に値する。この点について、江橋崇編著『外国人は住民です』(学陽書房, 1991) 134頁以下 [阿久澤麻理子執筆] 参照。
- (22) この点についての批判として、林弘子・前掲(註7)論文 [143頁], 高藤昭・前掲(註7)論文 [27-29頁] など参照。ILOの勧告について、

林弘子・同154頁以下参照。

- (23) 多谷千香子「社会権規約委員会 (CESCR)」国際人権2号(1991)70頁以下[71頁]参照。
- (24) 林弘子・前掲(註7)150頁参照。この点について、不法入国した被爆者に対しても原爆医療法の適用があるとした最判昭53.3.30民集32巻2号435頁,判例時報886号3頁,評釈として,外間寛・昭和53年度重要判例解説29頁,清水泰幸・社会保障判例百選[第四版](2008)236頁など参照,在留資格が無くともわが国に住所があると認めうる場合には国民健康保険の被保険者になりうるとした東京地判平10.7.16判例時報1649号3頁(但,この事件は,在留資格のないまま日本人と婚姻して在留している外国人女性についてのものである)など(因みに,東京地判平7.9.27判例時報1562号41頁は,同じく国保の被保険者資格に関するものであるが,結論は逆)参照。
- (25) この問題について,江原勲・榎本洋一「外国人の生活保護申請に法と通知の分かれ道」判例地方自治389号(2015)4頁以下[7-8頁],田中宏・前掲(註18)評釈[9-10頁]参照。
- (26) 厚生労働省社会援護局保護課長による「生活保護に係る外国籍の方からの不服申立ての取扱いについて」(社援保発1022第1号)については,賃金と社会保障1534号(2011)11頁に所収。因みに,生活扶助の老齢加算の減額・廃止が争われた「老齢加算京都訴訟」で,京都地判平21.12.14(賃金と社会保障1622号45頁)は違憲・違法ではないと判示したが,原告らのうちに外国籍の者が1名存在した。しかし,判決は,国籍を理由に原告適格を否定することはせず,控訴審・大阪高判平24.3.14,上告審・最1小判平26.10.6もこれを支持した。
- (27) 田中宏・前掲(註1)評釈, <sup>はしもとがわる</sup> 菊本 郁「外国人の生存権を実現するために,いま何が必要か」賃金と社会保障1412号(2006)33頁など参照。
- (28) 高藤昭・前掲(註7)論文[32頁]は,「いまや,人権保障の面でも先がけて世界に貢献すべき義務がある」と述べる。また,斎藤一久・前掲(註1)評釈は,「社会権規約9条において,社会保障について『すべての者の権利』として認めている点も,憲法解釈上,考慮されなければならないであろう」と述べる。